أصل القانون وطبيعته

د. محمد يحيى المحاسنة*

جامعة مؤتة

تاريخ استلام البحث ١٩٩٢/٣/٣٠ تاريخ قبوله للنشر ١٩٩٢/٥/١٩

ABSTRACT

Numerous theories have addressed the origin and nature of law. A basic difference amongst these theories is the point of focus of each theory. Certain theories have focused on the formal aspects; others on the subject matter. This paper, however, will tackle the points of agreement and those of dispute among these theories on the issues of origin and nature of law using a comparative approach different from any previous approach in this respect.

ملخص

لقد قيل في أصل القانون وتحديد طبيعته نظريات عدة، وقد اختلفت هذه النظريات فيما بينها اختلاف كبير جداً، ويعود هذا الاختلاف الى تركيز طائفة من هذه النظريات أو المذاهب على الناحية الشكلية في تحديد أصل القانون، بينما تركز اهتمام الطائفة الأخرى من هذه النظريات على الناحية الموضوعية، وما سنعتمد اليه في هذا البحث هو الاستفادة من نقاط الالتقاء والاختلاف في مجموع هذه النظريات لتحديد أصل القانون وطبيعته ولكن بطريقة مختلفة عما ظهر من نظريات من السابق سواء كانت الشكلية أو الموضوعية أو الاتجاه الذي يجمع بين المذهبين.

* استاذ مساعد، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة مؤتة الاردن .

مقـــدمة

مما لا شك فيه أن تحديد أصل أي شيء يعطي وبدون شك إمكانية أكبر للتعامل مع هذا الشيء وتحديد طبيعته ومواصفاته، وقدرة أكبر للتعرف عليه أيضا لغايات المحافظة عليه وتطويره، ومن ذلك القانون الذي هو عماد استمرار المجتمعات البشرية في الوقت الحاضر وضامن استقرارها وأمنها، ومما لا شك فيه أن تحديد أصل القانون بعامل معين أو أكثر يجعل تحديد خصائص القانون أكثر دقة، وتحديد هذا الأصل يحدد المذهب الأفضل من بين المذاهب المختلفة لتفسير القانون، وقد يكون الاهتداء إلى المذهب الأفضل في التفسير نتيجة عملية لا يمكن إغفالها والاستهانة بها، وتحديد أصل القانون وطبيعته يهدى إلى نتيجة عملية وعلمية في نفس الوقت ألا وهي تحديد النظام القانوني الأفضل من بين النظم المختلفة كالنظام اللاتيني والانجلوسكسوني والجرماني والشريعة الإسلامية، ولأجل ذلك كله كان هذا البحث المعنون بأصل القانون وطبيعته، ورغم ما ينطوي عليه هذا الموضوع من صعوبة، إلا أن الخطة التي سنتبعها في هذا البحث قد تجعل الأمر أسهل مما هو متصور، حيث سنستعين بالمذاهب والنظريات التي قيلت في أصل القانون سابقا، لنهتدى من خلالها الى عوامل وجود أو تكون القانون، وسنقسم البحث في سبيل الوصول إلى هذه النتيجة الى فصلين، نخصص الأول منهما إلى تحليل النظريات المختلفة في أصل القانون، ونخصص الثاني إلى حقيقة أصل القانون وطبيعته والله الموفق.

الفصل الأول

تحليل النظريات المختلفة في أصل القانون

يعالج الفقهاء موضوع تحديد أصل القانون تحت عناوين مختلفة، كطبيعة القانون أو أساس القانون أو أصل القانون، وقد اختلفوا في صدد بحثهم لهذا الموضوع، مما أدى إلى ظهور مذاهب متعددة، يمكن جمعها في طائفتين :- (١) مذاهب شكلية. (٢) مذاهب موضوعية. حيث سنخصص المبحث الأول من هذا الفصل لعرض هذه المذاهب المختلفة، ثم ننتقل في المبحث الثاني إلى تحليل هذه المذاهب لاستخلاص أوجه الشبه والاختلاف بينها للوصول إلى العناصر المشتركة في هذه المذاهب من أجل استخدامها في الوصول إلى حقيقة أصل القانون.

المبحث الأول

المذاهب المختلفة في تحديد أصل القانون

يمكن جمع هذه المذاهب المختلفة في طائفتين الأولى شكلية والأخرى موضوعية، الأولى تنظر فقط إلى الشكل الذي تخرج به القاعدة القانونية إلى الوجود في صورة ملزمة، فترجع تكون القاعدةالقانونية إلى السلطة التي اكتسبت هذه القاعدة عن طريقها قوة الإلزام في العمل، وهي تتخذ للقانون معياراماديا وتتعرفه من مصدره الرسمي أو الشكلي، والثانية تنظر إلى الجوهر لا إلى الشكل، فهي تنظر إلى المادة الأولية التي يتكون منها جوهر القانون، وتنفذ إلى طبيعته فتحللها تحليلا فلسفيا أجتماعيا[١] وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتكلم في الأول منهما بإيجاز عن المذاهب الشكلية، وفي الثاني عن المذاهب الموضوعية.

(١) د . توفيق حسن فرج ـ المدخل للعلوم القانونية ـ ص ٨٣، مطبعة عيتاني الجديدة ـ ط ١٩٧٤، وقرب ذلك د . حسن كيرة ـ المدخل إلى القانون ـ ص ٨٩ ـ ٩٠، منشأة المعارف ـ ط ١٩٧٤.

المطلب الأول

المذاهب الشكلية

خلاصة هذه المذاهب أن القانون يعتبر مشيئة من له السلطة العليا في المجتمع، ففي كل مجتمع توجد هيئة عليا حاكمة وهيئة أخرى محكومة، والأولى تسن القوانين والثانية تخضع لها، فأصل القوانين طبقاً لهذه المذاهب الشكلية هو إرادة من يملك السلطان في المجتمع، وقد لا يكون من يملك السلطان بشرا أو هيئة بشرية، بل قد يكون الحاكم الأعلى وهو الله تعالى أو هيئة روحية أخرى وهذا هو الشأن بالنسبة للقوانين الدينية، وقد ناصر المذاهب الشكلية طائفة من الفقهاء والفلاسفة، أتفقوا جميعا من حيث المبدأ، وهو رد القانون إلى إرادة السلطان، مع خلافات يسيرة في الجزئيات، كما ظهر أنصار المذاهب الشكلية في بلاد مختلفة، وسنشير في إيجاز إلى أنصار هذه المذاهب من الفقهاء والفلاسفة.

أولا :- مذهب أوستن (١) :-

هو الفقيه الانجليزي جون أوستن (١٧٩٠ ـ ١٨٥٩) الذي كان أستاذاً لفلسفة القانون بجامعة لندن، وقد عرض مذهبه في سلسلة محاضرات جمعها ونشرها لأول مرة سنة ١٨٣٢ بعنوان Lectures on jurisprudence، ثم نقحت وأعيد طبعها عدة مرات (الطبعة الخامسة في مجلدين بإشراف R. Campell سنة ١٩٢٩).

ولم يكن أوستن في الحقيقة أول من نادى بهذا المذهب، ويطلق عليه الفقه، المذهب الاستبدادي، ولكنه وجد منذ القدم حيث كان فلاسفة اليونان يعتبرون أن أصل القانون هو إرادة السلطان، وقد أخذ به في العصر الحديث الفيلسوف هوبز الذي حاول أن يبرر سلطة الحاكم بنظرية العقد الاجتماعي، وهذه النظرية تقوم على أساس اتفاق الرعية على تعيين شخص يخضعون له فيما يصدره من أحكام، والسلطان له مطلق الحرية، فهو حاكم بأمره،

(١) د . سليمان مرقس ـ الوافي في شرح القانون المدني ـ جـ ١ ـ المدخل للعلوم القانونية ـ ص ٥٢١ ـ ٥٢٢ أيريني للطباعة، مطبعة السلام، ط ١٩٨٧.

وتتلخص نظرية هوبز في أن القانون ليس مجرد نصيحة، بل هو أمر، وهو ليس أمر من أي شخص إلى شخص آخر، بل هو أمر من شخص يسلم له بالطاعة إلى آخر واجب عليه الطاعة، وقد تبع الفيلسوف الألماني هيجل هذا المذهب أيضاً، ثم جاء أوستن فأخذ آراء سابقيه وهذبها وأقام نظريته في أساس القانون، ويتلخص مذهبه في أن القانون إنما هو من وضع الدولة التي تعمل على كفالة حترامه عن طريق إجبار الأفراد على طاعته، وذلك لما لها من سلطان وسيادة، فالقانون عنده هو أمر توجهه الهيئة الحاكمة إلى المحكومين، وتتبعه بجزاء [١]، ويؤدي منطق هذا المذهب إلى إنكار صفة القانون على القانون الدولي العام لعدم وجود سلطة عليا فوق الدول، وكذلك إلى إنكار صفة القانون على القانون الدستوري لأن قواعد القانون الدستوري تصدر عن السلطان بمحض اختياره وليس من سلطة أعلى منه، ويؤدي منطق هذا المذهب أيضاً الى جعل التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، لأن التشريع هو الذي يتضمن أمرا صادرا من الحاكم وموجها إلى المحكومين، وتبعا لهذا المذهب فإن تفسير النصوص يجب أن يتجه إلى الكشف عن إرادة الحاكم (المشرع) التي قصد أن يضمنها هذه النصوص، إذ العبرة بالنية الحقيقية للمشرع، ولا عبرة بتغير الظروف التي وضعت فيها النصوص [٢]، ورغم أن نظرية أوستن تتميز بالوضوح والبساطة إذ ترجع القانون في أصله إلى إرادة السلطان التي يعبر عنها عن طريق التشريع، إلا أنها تعرضت للنقد، إذ قيل بأنها تجعل من التشريع المصدر الوحيد للقانون وهذا يخالف الواقع، إذ أن هنالك مصادر أخرى للقانون كالعرف، وانتقدت نظرية أوستن أيضاً في أنه يخلط في هذه النظرية بين القانون والقوة،إذ أنه يجعل إرادة السلطان هي القانون، وهو بهذا يجعل القانون في خدمة القوة ويؤدي إلى الاستبداد، وقد أدى به هذا إلى إنكار صفة القانون على كل من القانون الدولي والقانون الدستوري، على أن أهم نقد وجه إلى هذا المذهب هو أنه مذهب شكلي يأخذ بظاهر الأمور، دون البحث عما وراء الشكل والوصول إلى الموضوع، إذ أنه يكتفي بما يظهر في الواقع من قيام الدولة غالبا بوضع التشريع واستئثارها بتوقيع

(١) د ٠ توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٨٦، قرب ذلك د ٠ علي حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون ص ٢٢٥ ـ ٢٢٦، دار الفكر العربي، ١٩٨٥٠

(٢) د ٠ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٢٢ ـ ٥٢٣، د ٠ حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٩١ ـ ٩٢٠

الجزاء، دون أن ينفذ إلى جوهر القواعد ليتعرف إلى طبيعتها وكيف نشأت وتطورت، والعوامل التي أثرت في نشوئها وتطورها (١).

ثانيا :- مدرسة الشرح على المتون :-

قامت هذه المدرسة في فرنسا، ولم تكن وليدة ثمرة رأي لفقيه واحد كما كان الأمر بالنسبة لنظرية أوستن، ولكنها كانت ثمرةلمجموعة من آراء الفقهاء الذين تعاقبوا خلال القرن التاسع عشر، ومن أشهر هؤلاء الفقهاء «أوبري ورو» و «ديمولومب» «ولوران» و «بودي لاكنتنري»، وقد ظهرت هذه المدرسة في مطلع القرن التاسع عشر على أثر تجميع أحكام القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة أطلق عليها مجموعة نابليون، وقد كان لظهور المجموعة المدنية الفرنسية، وتبعها بعد ذلك مجموعات القوانين الأخرى، أثره في فرنسا إذ اعتبرها الفرنسيون القانون الكامل الذي لم يفرط فيه من شيء، وكان من نتيجة ذلك أن اقتصر الفقهاء على شرح نصوصها نصا نصا، متبعين الترتيب الذي جاءت به المجموعة كما يعمل المفسرون عند تفسيرهم للكتب المقدسة، ولهذا أسمي الفقهاء بالشراح على المتون، وتألف من مجموعهم على التعاقب مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النصوص، أو تفسير النصوص، وتتفق هذه المدرسة مع مذهب أوستن من حيث جعل التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون، فتقف عنده ولا تتعداه إلى غيره من المصادر الأخرى، ولهذا كان مذهب المدرسة من المذاهب الشكلية، يقوم على احترام النصوص وتقديسها، واذا عجز الشارح أو المفسر عن استخلاص قاعدة، فليس الذنب ذنب المشرع، ولكنه ذنب المفسر الذي لم يوفق إلى استخلاص القاعدة أو لم يحسن التفسير، ومن جهة أخرى فإن على القاضي أن يطبق النصوص ولو استبان له عيب في الحلول التي تقضي بها، ذلك أن واجب القاضي هو الحكم بمقتضى القانون وليس الحكم عليه فشعار هذه المدرسة هو النصوص قبل كل شيء والعبرة بتفسير النصوص هي البحث عن نية المشرع الحقيقية أو المفترضة وينبغي الاعتداد بهذه النية عند وضع النص فقط، وإذا كان ينبغي الوقوف على نية المشرع الحقيقية أو المفترضة عند وضع النصوص، فإنه لا ينبغي أن يعتد بنية المشرع الاحتمالية، ونخلص مما سبق أن

(١) د . حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٥٢٣، د . توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٨٨.

مدرسة الشرح على المتون لا تأخذ إلا بنية المشرع عند وضع النص، حقيقية كانت هذه النية أم مفترضة، وتعرضت هذه النظرية لنفس الانتقادات التي تعرضت لها نظرية أوستن، خصوصا من ناحية كونها تجعل التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون [١]، وكذلك أدى هذا المذهب الى التشبث بأحكام التقنين مهما طال العهد بها، مما يجعل من المتعذر تحقيق الملائمة بين النصوص التشريعية وما يقع من تغيرات جذرية في الظروف الاقتصادية والاجتماعية اللاحقة لوضعها، ذلك أن قدسية هذه النصوص تؤدي الى نوع من عبودية الحاضر للماضي فيحول ذلك دون التطور للتوافق مع الظروف الجديدة.[٢]

المطلب الثاني

المذاهب الموضوعية

لا تقف هذه المذاهب عند الناحية الشكلية، فتكتفي بالنظر إلى الجهة التي يصدر منها القانون، ولكنها تبحث في جوهره وطبيعته والمادة الأولية التي يتكون منها، كما أنها من ناحية أخرى تنظر إلى القانون باعتباره مظهرا اجتماعيا، وقد اختلف أنصار تلك المذاهب في نظرهم إلى جوهر القانون وطبيعته، ويرجع ذلك إلى أن كلا منهم قد قصر نظره على ناحية دون أخرى، فمنهم من لا ينظر إلا إلى المثل الأعلى الذي يكشف عنه العقل وبهذا قام مذهب القانون الطبيعي، ومنهم من لا يعترف إلا بالواقع الملموس، وعلى ذلك قامت المذاهب الواقعية، وهي مذاهب تقوم على الواقع الملموس الذي تسجله المشاهدة والتجربة، وبين مذهب

(١) د . توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٨٩ ـ ٩١، د . عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية القانون ـ ص ٢٣، القاهرة ١٩٦٦، د . جمال زكي ـ مقدمة في الدراسات القانونية. بند ٢١ ـ ٢٧، القاهرة ١٩٦٩، د . عبد المنعم البدراوي ـ مبادئ القانون ـ ص ٣٩٨، القاهرة ١٩٧٢، د . رأفت محمد حماد ـ المدخل لدراسة العلوم القانونية ـ ص ٦١ ـ ٦٤، جامعة الأزهر، ١٩٨٦.

(٢) د . سليمان مرقس، المرجع السابق، ٥١٥، د . حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٩٠، قرب ذلك د . رأفت محمد حماد، المرجع السابق، ص ٦٣ ـ ٦٤ ، د . محمد علي عمران ـ مبادئ العلوم القانونية ـ ص ٣٧ ـ ٣٨، مكتبة عين شمس.

القانون الطبيعي والمذاهب الواقعية قامت مذاهب مختلطة تجمع بين الحقائق الواقعية والمثل العليا[١]، وسنعرض بإيجاز فيما يلي لهذه المذاهب على التوالي :-

أولا :- مذهب القانون الطبيعي :-

يفرق هذا المذهب بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي وأن أساس القانون الوضعي هو القانون الطبيعي، حيث يقوم المذهب على فكرة أولية وهي أنه توجد في الطبيعة قواعد قانونية، أو على الأقل مبادئ أساسية ثابتة تعتبر مقياسا لصلاحية القانون الوضعي وعدالته، ويقصد بالقانون الطبيعي أنه مجموعة قواعد عامة أبدية أودعها الله في الكون ويكشف عنها الإنسان بعقله، فهو قانون أبدي ككل القوانين التي تسيطر وتهيمن على الظواهر الطبيعية، التي تتكرر على وتيرة واحدة، فمن المشاهد أن الحيوان يولد ثم ينمو ثم يموت، ولذلك اعتقد أنصار هذا المذهب وعلى رأسهم فلاسفة اليونان، بوجود قوة تدير الأعمال والأفعال وسموها الطبيعة، وأرجعوا قواعد الأعمال الثابتة المشتركة إلى قوة الطبيعة، وسموها القانون الطبيعي، واعتبروه المثل الأعلى للقانون الوضعي، والذي يجب السعي لتحقيقه، ويمكن كشفه عن طريق العقل وهو غير القانون الوضعي المعمول به، ويجب أن يكون القانون الوضعي مطابقا للقانون الطبيعي [٢] ، أما فقهاء الرومان فقد ميزوا بين القانون المدني وقانون الشعوب والقانون الطبيعي، فالأول يطبق على الرومانيين فقط، أما الثاني فهو القانون المشترك بين جميع الشعوب، والثالث فهو عند الرومان ذلك القانون الذي تخضع له كل الكائنات الحية من إنسان وحيوان، وهناك نوع من التدرج بين القوانين، فالقانون الطبيعي تخضع له كل الكائنات الحية، وقانون الشعوب يخضع له كل بني الإنسان، والقانون المدني ويخضع له كل الرومانيين [٣] . وعندما جاء القرن التاسع عشر شهد هذا العصر تطورا في النواحي الاقتصادية والاجتماعية وبالتالي ظهرت أفكار جديدة أدت إلى انكماش سلطان نظرية القانون الطبيعي، ومن هذه الأفكار ظهور المذهب الواقعي

(١) د . توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٩٣.

(٢) (2) Boris Starck _ Entroduction Au Droit _ P138 _ 139 _ 2e. ed Litec

(٣) (3) Boris Starck _ op. cit _ p 13g.

بجميع صوره، وظهرت الماركسية، وكل هذه الأفكار ترفض فكرة وجود القانون الطبيعي بمفهومه السابق الثابت الذي لا يتغير بتغير الزمان والمكان، فوصفوا هذا المفهوم بالخيالية والوهم، لأنه لا يستند إلى واقع كما أنه لم يثبت من الناحية التاريخية، فالمتتبع لتطورالقوانين الوضعية في الدول المختلفة وعلى مر العصور لا يسعه إلا أن يلاحظ نسبية المفاهيم القانونية من حيث المكان والزمان، ومن ناحية أخرى فان مبادئ القانون الطبيعي لا جدوى منها من الناحية العملية، لأن الاعتراف بجدواها كان يلزم أن يفرض على الدول واجب احترامها، كذلك كان يجب أن يعترف للأفراد بمخالفة قواعد القانون الوضعي في حالة مخالفتها لقواعد القانون الطبيعي ولم يثبت التاريخ أن أي مجتمع توصل إلى إقرار هاتين النتيجتين بطريقة محددة، كما أخذ على نظرية القانون الطبيعي أن مبادئها قد اتخذت منطلقا للنزعة الفردية [١] ، أما مفهوم القانون الطبيعي في الوقت الحاضر، فقد اقتصر على عدة مبادئ فالفقهاء المعاصرين احتفظوا بتعريف القانون الطبيعي الذي قال به أنصار المذهب التقليدي من وجود قواعد عامة لا تتغير وثابتة لا تتطور، فتعتبر مثلا أعلى للقانون الوضعي إلا أنهم قد قصروا مضمون القانون الطبيعي على عدة مبادئ أساسية، وهي ضمان حياة الإنسان وحريته، وملكه، وحقه في العمل مع الالتزام بتعويض الضرر الذي يصيب الغير نتيجة لخطأ الآخرين، وكذلك احترام التعهدات وإخلاص الحكام في أداء أعمالهم، وخضوع المحكومين للقوانين العادلة في بلادهم وفي مجال الأسرة، والتزام الوالدين بالمحافظة على أبنائهم وحسن تربيتهم والتزام الأبناء باحترام الوالدين ومعاونتهم[٢]، وفي هذه الحدود فان الأمر بعيد عن تفصيل القواعد التي يحويهاقانون وضعي معين، ولكنا في تعداد هذه المبادئ نكون قد استنفذنا تقريبامبادئ القانون الطبيعي، ومن هذا يتضح لنا أن القانون الطبيعي قد عاد من جديد على يد هؤلاء الفقهاء الى صورته التقليدية تقريبا من أنه يتضمن قواعد ثابتة خالدة على مر الزمان [٣].

(١) د . رأفت محمد حماد، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٢) د . توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٠٧.

(٣) د . توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٠٧ ـ ١٠٨.

ثانيا :- المذاهب الواقعية :-

ظهر في القرن التاسع عشر فلسفة جديدة تناقض الفلسفة المثالية التي قام عليها القانون الطبيعي، وهذه الفلسفة تقوم على الواقع الملموس الذي تؤيده المشاهدة والتجربة، لا على المثل العليا، ذلك أن المعرفة التي تقوم على المشاهدة والتجربة والواقع الملموس إنما هي المعرفة العلمية الصحيحة المنضبطة لأنها تقوم على أساس التعيين، ولما كانت هذه الفلسفة الجديدة ترد جوهر القانون إلى الواقع، فقد سميت بالفلسفة الواقعية، وقد قامت مذاهب مختلفة تحمل لوائها، هذه المذاهب هي المذهب التاريخي، ومذهب التضامن الاجتماعي[1]، والتي سنعرض بايجاز لكل منها فيما يلي :-

١ . المذهب التاريخي :-

ظهرت بوادرهذا المذهب في كتابات بعض المفكرين في القرن الثامن عشر، ومنهم الفيلسوف الفرنسي مونتسكيو والذي يقول «ينبغي أن تكون القوانين خاصة بالشعب الذي تخلق له حتى أنه ليكون محض صدفة أن توافق قوانين أمة أمة أخرى فالقوانين ينبغي أن تتناسب وطبيعة البلد، ومركزها واتساعها، ونوع الحياة التي تحياها الشعوب، ودين السكان وميولهم وعاداتهم»[2]، ولم تكن هذه الإرهاصات لتحدد نظرية كاملة واضحة المعالم، إلى أن جاء الأستاذ الألماني (ساڤيني) وأقام النظرية المعروفة بالنظرية التاريخية، ولقد قام الأستاذ ساڤيني بمحاربة الفكرة التي نادى بها البعض من الفقهاء في ألمانيا سنة ١٨١٤، والتي تدعو إلى تقنين القانون الألماني على غرار القانون الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ والذي اعتبر في حينه قمة في المنطق القانوني، وتقوم المدرسة التاريخية أساسا على أن القانون ليس من خلق الحاكم، ولا هو بالقواعد التي يتوصل إليها العقل السليم والتي تتفق وطبائع الأشياء، ولا هو أيضا بالدائم وغير المتغير، بل أن القانون من صنع الزمن ونتاج التاريخ، فهو وليد حاجات الجماعة وما يتفاعل في وجدانها من عوامل، فالقانون ليس إلا ثمرة من ثمار التطور التاريخي للجماعة، وامتداد لماضيها وتراثها، ولكل أمة قانونها ومتى كان

(١) د . حسن كيرة، المرجع السابق، ص ١٢٢ ـ ١٢٣ .

(٢) د . محمد علي عمران، المرجع السابق، ص ٤٩ .

القانون وليد احتياجات الجماعة وما يتفاعل في وجدانها من عوامل، فإن العرف يكون هو المصدر الأول للقاعدة القانونية وبالرغم من أنه كان للمذهب التاريخي فضل في إبراز ما للبيئة الاجتماعية من أثر في خلق وتطوير القاعدة القانونية، إلا أن هذه المدرسة قد أغفلت جانبا هاما له شأن كبير في خلق القاعدة القانونية، فهي قد تجاهلت كلية ما للعقل من دور في إنشاء القاعدة القانونية، فالقانون ليس فقط وليد حاجات الجماعة ومعبرا عنها، بل هو عمل يقوم العقل الإنساني على توجيهه وتسييره تسييرا واعيا بما يلائم ظروف كل جماعة، ولقد أدى النقد الموجه إلى المدرسة التاريخية ببعض أنصارها إلى الخروج عليها في محاولة لتطويرها، ولقد كان على رأسهم الأستاذ أهرنج الذي أسس مذهبا عرف باسم مذهب الكفاح أو الغاية، فقد ذهب الأستاذ أهرنج إلى القول بإن القانون وإن كان وليد حاجات الجماعة وما يتفاعل فيها من عوامل، إلا أنه لا يمكن رده إلى تلك القوى الخفية اللاشعورية الكامنة في ضمير الجماعة، إذ أنه يبتغي غاية يسعى الى تحقيقها، فهو ليس تطورا أعمى يندفع نحو غاية غير معلومة ولكنه يندفع نحو غاية معلومة ينبغي تحقيقها، وذلك من شأنه بطبيعة الحال عدم إغفال ما للعقل الواعي من دور في خلق وتطوير القاعدة القانونية. (١)

٢ . مذهب التضامن الاجتماعي :-

نادى الأستاذ الفرنسي ليون ديجي بفكرة التضامن الاجتماعي كأساس للقانون، ومذهبه مبني على الواقع والمشاهدة، وأول ما تنبئ عنه المشاهدة للواقع واستقرائه، هو أن الإنسان كائن اجتماعي لا يمكن له أن يعيش بمفرده، ويقتضي تعايشه مع الجماعة وتضامنه معها خضوعه لنظامها، فيمتنع على الإنسان الإخلال بنظام وأمن الجماعة وإذا أخل به تعرض للعقوبة التي توقعها عليه الجماعة بواسطة سلطتها المنظمة والمختصة بذلك، ولا يصبح الإخلال بأمن الجماعة إخلالا بواجب قانوني إلا إذا تولد لدى الجماعة شعور بأن احترام هذا الأمن ضروري لحفظ التضامن الاجتماعي، فلا يصبح الإخلال بالتضامن الاجتماعي إخلالا بواجب قانوني لمجرد ترتب الجزاء وتوقيعه على المخالف، بل لا بد وأن يتولد لدى الجماعة شعور بأن هذه المخالفة تمس أمن الجماعة وتضامنها، ويضاف إلى هذا الشعور

(١) د . محمد على عمران، المرجع السابق، ص ٤٧ ـ ٥٠، د . سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٣٤ ـ ٥٣٩، د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١١٠ ـ ١١٤، د . حسن كيرة، المرجع السابق، ص ١٢٣ ـ ١٣٠.

بالتضامن الاجتماعي بين أفراد الجماعة الشعور بالعدل، وليس المقصود بالعدل في هذا الصدد تلك الفكرة المبهمة بل المقصود به الشعور الذي يتولد لدى أفراد الجماعة بما يعتبر عدلا وما يعتبر ظلما، وقد انتقد مذهب ديجي بالقول بإن القانون ليس ظاهرة من ظواهر الطبيعة، ولكن ظاهرة إرادية يهدف به واضعه إلى تحقيق غرض معين، وتبعا لذلك فليس من المنطق السليم في شيء أن نطبق على القانون ما نطبق على الظواهر الإرادية الأخرى من قواعد وأحكام، ويعاب على هذا المذهب أيضا ما انزلق إليه ديجي عندما أضاف الشعور بالعدل إلى الشعور بالتضامن الاجتماعي مع كون فكرة العدل من الأفكار المبهمة التي تخرج عن نطاق الواقع وتدخل في نطاق الأفكار الميتافيزيقية. (١)

ثالثا :- المذاهب المختلطة :-

قامت المذاهب المختلطة للحد من مبالغة كل من الاتجاهين السابقين في المثالية أو الواقعية، ولذلك نادت المذاهب المختلطة بأن القاعدة القانونية تجمع في جوهرها بين المثل العليا التي يستخلصها العقل، وبين حقائق الحياة التي تسجلها التجربة والمشاهدة، أي أنها تقيم القانون على أساس مزدوج، أساس واقعي ملموس وأساس فلسفي ميتافيزيقي، وقد اتجه جانب كبير من الفقه إلى رد جوهر القاعدة القانونية إلى هذين الجانبين، الجانب الواقعي والجانب المثالي وأبرز من قال بهذه الفكرة من الفقهاء هو الفقيه الفرنسي جيني،(٢) ولهذا سنعرض لمذهبه باعتباره أبرز مثال على هذه المذاهب :-

مذهب جيني :-

عاب جيني على المذاهب السابقة اهتمامها بجانب واحد من جوانب القانون دون سواه، حيث اهتمت المدرسة المثالية بالجانب الروحي «جانب العقل» وركزت المدرسة التاريخية على عوامل البيئة والتطور التاريخي، وعني أهرنج بالغاية الاجتماعية، واعتمد جيني في مذهبه

(١) د . محمد على عمران، المرجع السابق، ص ٤٧ ـ ٥٠، د . علي نجيدة، المرجع السابق، ص ٢٤٦ ـ ٢٤٧، د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١١٠ ـ ١١٦، د . سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٣٤ ـ ٥٣٨، د . حسن كيرة، المرجع السابق، ص ١٢٣ ـ ١٣٠،

Boris Starck - op. cit. p 146 - 148.

(٢) د . حسن كيرة، المرجع السابق، ص ١٤٠ ـ ١٤١.

لبحث أساس القانون على التفرقة بين جوهر القاعدة القانونية وشكلها وذلك في مؤلفه عن العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي، فالجوهر هو المادة الأولية التي تستخلص من حقائق الحياة الاجتماعية، والشكل هو الصورة التي تعطى لهذا الجوهر حتى يكون صالحا للتطبيق في الحياة العملية، ويسمي جيني الجوهر بالعلم والشكل بالصياغة، ويرد جيني موضوع القانون إلى أربعة حقائق :- الحقائق الواقعية أو الطبيعية، الحقائق التاريخية، الحقائق العقلية، الحقائق المثالية، وفي معرض توضيح رأيه استعان الفقيه الفرنسي بنظام الزواج حيث اتخذه مثلا لشرح مذهبه، ويقصد بالحقائق الواقعية مجموع الظروف التي تحيط بالناس في الجماعة، وهذه قد تكون مادية كالمناخ والتربة وتكوين الإنسان العضوي أو الجسمي، وقد تكون معنوية كالحالة النفسية والخلقية والدينية، وقد تكون ظروف سياسية أو أحوال اقتصادية، وهذه الحقائق وإن كان لها تأثير على جوهر القاعدة القانونية إلا أنها لا تخلق بذاتها هذه القاعدة، بل هي فقط تحدد نطاقها أو تمهد البيئة اللازمة لنشوئها، مثال ذلك وجود جنسين من الناس ذكر وأنثى يمكن من الارتباط جنسيا هذه حقيقة واقعية أو طبيعية، ولكن هذه الحقيقة لا تضع قواعد للزواج بل يقتصر دورها على تحديد فكرته العامة وهي إمكان الارتباط بين الجنسين بسبب النواحي المادية (الخَلقية) والنفسية، ومثل هذه الحقيقة هي حقيقة علمية تخضع للبحث والتجربة وإمكان التثبت منها، ولا يمكن إغفالها عند وضع القاعدة القانونية، أما الحقائق التاريخية فهي عبارة عن القواعد والمبادئ التي ورثناها عن الاجيال السابقة، فهي تمثل تراثنا ممن سبقونا فاكتسبت لدينا نوعا من القدسية والاحترام، وهذه المبادئ يمكن الوصول إليها عن طريق الاستقراء التاريخي، وهي لا تتكون من عناصر مادية، بل يحوي هذا التراث قواعد كاملة التكوين صالحة لتوجيه نشاط الأفراد في الحياة الاجتماعية[١]، فاستقراء الحقائق التاريخية فيما يتعلق بارتباط الجنسين يظهر في شكل زواج محدد الشروط معلوم الآثار، خاضع لرقابة سلطة دينية أو مدنية، وإن اختلف في التفاصيل حسب الأزمان والأماكن، والحقائق التاريخية تعرف بالمشاهدة، فهي تعطي القانون أساسا صلبا، فكثير من الأنظمة القانونية ذات الأهمية تجد سندها في

(١) د . جمال زكي، المرجع السابق، ص ٧٢.

التطور التاريخي مثل نظام الملكية[1]، أما الحقائق العقلية فهي نابعة من أن كلا من الحقائق الطبيعية والحقائق التاريخية لا تكفيان بمفردهما لتكوين القاعدة القانونية الكفيلة بتوجيه سلوك الأفراد في المجتمع، ذلك لأن الحقائق الطبيعية مبهمة غامضة، والحقائق التاريخية غير كافية بل إن إعمالها كما هي يعوق تطور المجتمع، ولذلك لزم إعمال حكم العقل في هذين النوعين من الحقائق، إذ العقل هو صاحب القدرة على الكشف عن مدى ملاءمتها لتحقيق غاية القانون وهدفه، ولذلك تسهم الحقائق العقلية في تكوين الجانب الأكبر من جوهر القاعدة، فالحقائق العقلية تشكل لدى جيني أساس فكرة القانون الطبيعي، بمعنى تلك الحقائق التي يستخلصها العقل من طبيعة الإنسان وسلوكه الاجتماعي، هذه الحقائق توافق حتما مقتضيات الأشياء، ومن هنا كانت محتومة وثابتة، فالقواعد العقلية بهذا المفهوم تعود إلى مبادئ من مقتضاها عدم اعتبار أي رابطة بين الزوجين رابطة زواج بل تقصر هذا الوصف على الرابطة الشرعية التي من مقتضاها الدرام والاستمرار مع النية في رعاية ما قد يكون من ثمرتها من أولاد بحسن تربيتهم وتنشأتهم، إلا أن الحقائق العقلية تقف عند هذا الحد، فلا تتعدى ذلك إلى مثاليات الزواج أو ما يجب أن تكون عليه العلاقة من عدم انفصام فهذه حقائق مثالية، والحقائق المثالية لدى جيني تمثل طموح المجتمع نحو مثاليات معينة وأمله المتجدد في تطوير القانون، هذه الحقائق تتكون من اعتبارات سياسية واجتماعية وفلسفية، لا تفرض قواعد جديدة بل تهدف إلى السمو بالقواعد الكائنة والسير بها في طريق الكمال، فهي قواعد مثالية لأنها ليست مستوحاة من الواقع، ولا من عبر التاريخ ولا يشير بضرورتها العقل، بل هي مجرد اتجاهات نحو تنظيم مأمول للعلاقات القانونية تتطلبها درجة المدنية التي تمر بها الجماعة[2]، من هذه المبادئ في نطاق مثال الزواج مبدأ أبدية الزواج وعدم التوسع في حالات إنكار الأبوة وتسهيل إثبات البنوة على نحو ما تتطلبه درجة تطور المجتمع، وهذه الحقائق المثالية تختلف من مكان إلى آخر ومن زمان إلى آخر، فلكل زمان مثالياته ولكل أمة أمانيها وتطلعاتها، فالحقائق العقلية تدلنا على أنه لا مسئولية

(١) د ٠ حسن كيرة، المرجع السابق، ص ١٤٣ ـ ١٤٤٠

(٢) د ٠ حسن كيرة، المرجع السابق، ص ١٤٧ ـ ١٤٩٠

بلا خطأ، إلا أن استخدام الآلة أصبح معه وفي أغلب الأحوال من المتعذر إثبات الخطأ عندما يلحق الضرر بالعامل، فقد حلت المبادئ المثالية لتخفف من أثر القواعد العقلية.

وعندما يأتي جيني إلى الترجيح بين الحقائق الأربع يَغلب الحقائق العقلية، ذلك لأن الحقائق الواقعية لا تحتاج سوى النظر في الواقع، والحقائق التاريخية سوى استقراء التاريخ، أما الحقائق المثالية فما هي إلا سمو بالحقائق العقلية، أما الحقائق العقلية فهي أرجحهم كفة، فأما القاعدة القانونية فهي عمل عقلي، فهذه الحقائق هي جوهر القاعدة القانونية، وبذلك يكون من السهل تفهم منطق جيني الذي يستلزم حدا أدنى من فكرة القانون الطبيعي في تكوين جوهر القاعدة القانونية «قواعد يستخلصها العقل من طبيعة الأشياء، التي يعتبر الإنسان فردا منها، ترتفع عن إرادات الأفراد وأهوائهم وتفرض نفسها عليهم بما لها من قيمة موضوعية ثابتة سامية حتى لا يجدوا مناصا من الخضوع لها»[١] فالحقائق السابقة الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية تمد القاعدة القانونية بجوهرها ومادتها، ويبقى بعد ذلك إخراج القاعدة القانونية في صور صالحة للتطبيق، وهذا هو دور الصياغة القانونية، وللصياغة وسائلها وأدواتها ولذلك تعرف الصياغة بأنها «اخراج القاعدة القانونية في صورة صالحة للتطبيق عن طريق الاستعانة بوسائل وأدوات معينة، إخراجا يحقق الغاية التي تستهدفها هذه القاعدة»[٢].

ويعاب على جيني أنه يقصر القانون على مجرد حقائق علمية، ومهمة الفن التشريعي يقصرها فقط على الصياغة، في حين أن نشوء القانون يقتضي شيئا آخر غير الحقائق العلمية التي يتكون منها القانون وغير الصياغة القانونية، ذلك هو ما يسميه الأستاذ روبيية السياسة القانونية، ولقد عيب على جيني أيضا أنه يهدر قدرة العقل الإنساني على الإبداع وأنه قادر على وضع حلول متعددة لمواجهة ظرف واحد.[٣] وبعد أن تم استعراض أبرز المذاهب في تحديد أساس القانون، وتحددت بذلك الجهود الفقهية الكبيرة في هذا المجال،

(١) د. عبد المنعم بدراوي، المرجع السابق، ص ٤٢٢.

(٢) د. حسن كيرة، المرجع السابق، ص ١٥٠.

(٣) د. سليمان مرقس المرجع السابق، ص ٥٥٧ ـ ٥٦٠، د. علي نجيدة، المرجع السابق، ص ٢٤٨ـ ٢٥٤.

فإن عملية تحليلها وبيان ما احتوته من نقاط وعناصر مشتركة تعتبر وسيلة مثلى لالقاء الضوء وتلمس السبيل في تحديد أساس القانون، وعليه فإن موضوع المبحث الثاني سيكون في تحليل النظريات السابقة في أصل القانون.

المبحث الثاني

تحليل النظريات السابقة في أصل القانون

لقد كان هدف النظريات السابقة وبالرغم من اختلافها واحدا وهو تحديد أساس القانون، وأساس القانون يقصد به السبب أو العامل الذي ترتب عليه وجود القانون، بمعنى أن الأساس الذي تحدده أي من النظريات السابقة يعتبر هو الذي أدى بدوره إلى وجود القانون، فكأنما الأساس هو بمعنى الخالق هنا والقانون هو المخلوق، وبعض هذه النظريات يرد أساس القانون إلى عامل أو عنصر معين، والبعض الآخر منها يحدد عوامل أو عناصر عدة يجعلها مجتمعة أساسا لوجود القانون، وفي هذا المبحث والذي نخصصه لتحليل النظريات السابقة سنقسمه إلى مطلبين نجعل الأول منها لمحاولة إبراز أوجه الشبه بين النظريات المختلفة، ثم نخصص المطلب الثاني لبيان مجموع العناصر أو العوامل التي جعلتها النظريات السابقة أساسا لوجود القانون.

المطلب الأول :- أوجه الشبه بين النظريات في أصل القانون :-

يرى أوستن أن القانون أنما هو من وضع الدولة التي تعمل على كفالة احترامه عن طريق إجبار الأفراد على طاعته، فالقانون عنده هو أمر توجهه الهيئة الحاكمة إلى المحكومين [1]، وبذلك يجعل مذهب أوستن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، لأن التشريع هو الذي يتضمن أمرا صادرا من الحاكم وموجهاً إلى المحكومين، ويتفق مع رأي أوستن أنصار مدرسة الشرح على المتون من حيث جعل التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون، [2] ويمكن الاستنتاج بأن هذه المدرسة أيضا تجعل أساس القانون في الأمر الصادر من الحاكم

(١) د . توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٨٦.

(٢) د . عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص ٣٩٨.

الى المحكومين، ويشير أهرنج في مذهبه الكفاح أو الغاية الاجتماعية إلى ما للعقل من دور في خلق القاعدة القانونية، [١] فيلتقي في هذه النقطة وهي وجود واضع للقانون مع أوستن ومدرسة الشرح على المتون، ويتفق جيني مع هذه الآراء من ناحية وجود جهة تضع القانون وتصوغه، فالصياغة أو الشكل عند جيني هو الصورة التي تعطى لجوهر القاعدة القانونية حتى يكون صالحا للتطبيق في الحياة الاجتماعية [٢]، فنجد بذلك فكرة مسيطرة في الآراء السابقة وهي وجود جهة تضع القانون أو تشرف على إخراجه شكليا حتى تتشكل القاعدة القانونية، هذه الجهة هي الحاكم أو السلطة أو القوة التي تقترن بالسلطة.

ومذهب القانون الطبيعي يشير إلى وجود مبادئ أساسية ثابتة على شكل قواعد موجودة يكشف العقل عن وجودها وتعتبر مقياسا لصلاحية القانون الوضعي وعدالته، ويقترب مع هذا المنطق ما يقوله ساڤيني في مذهبه التاريخي من أن القانون وليد احتياجات الجماعة وما يتفاعل في وجدانها من عوامل، ذلك أن المذهب التاريخي والقانون الطبيعي يشيران إلى قواعد موجودة في ذهن الجماعة وهي ليست بالقانون الوضعي وإنما موجودة في حياة الناس يشعرون بها ويقدرون على اكتشافها، ويقترب ذلك أيضا إلى القواعد التي تكفل التضامن الاجتماعي والعدل في المجتمع عند ديجي فهي أيضا قواعد تشعر بها الجماعة وهدفها ضمان أمن الجماعة والعدل، وفي الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية وكذلك المثالية في مجموعها عند جيني ما يقترب من القانون الطبيعي ومذهب ساڤيني التاريخي، حيث أن المذاهب السابقة تشير إلى قواعد من نتاج تفاعل حياة الأفراد في المجتمع وتطور حياتهم وهي موجودة يمكن اكتشافها عقليا ويمكن رد سبب وجودها ككل إلى وجود الانسان في مجتمع ويسعى في نفس الوقت إلى التطور.

(١) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٣٤ ـ ٥٣٩.

(٢) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٥٥٧ ـ ٥٦٠.

المطلب الثاني :- العناصر التي تحدد أصل القانون في النظريات السابقة:-

يتضح أن هنالك حقيقة واقعية تعتبر عنصرا مشتركا فيما بين جميع المذاهب التي ظهرت في تحديد أصل القانون، هذه الحقيقة هي وجود تجمع بشري وحياة اجتماعية، هذه الحقيقة البعض ذكرها صراحة مثل جيني وأشار إليها ديجي وافترض بقية أصحاب المذاهب وجودها وبنى نظريته على أساس وجود هذه الحقيقة دون ذكرها .

والحقيقة الأخرى التي يمكن استخلاصها من المذاهب المختلفة، هي أن تفاعلات المجتمع، وعلاقات أفراده مع بعضهم البعض تدفع الى خلق قواعد قانونية، دليل ذلك أن المذهب التاريخي ذكر ذلك صراحة، كذلك جيني في مذهبه، ومذهب التضامن عند ديجي هو تضامن أفراد المجتمع الواحد لضمان الأمن والعدل، والأمن والعدل كمطلبين للأفراد في المجتمع لم ينشأ الا بسبب تعامل الأفراد وتفاعلاتهم في علاقات مع بعضهم البعض أيا كانت، وهذه الحقيقة لا تحتاج الى المزيد من التأكيد والاثبات لأنها موجودة ومفترضة عند كل من يبحث عن أصل القانون، اذ القانون موجود لحكم سلوك الأفراد مع بعضهم البعض، فعلاقات الأفراد عنصر مشترك في تحديد أساس القانون عند جميع أصحاب المذاهب، ويبقى أن تحديد ماهية هذه العلاقات والتفاعلات التي ساهمت كعنصر في ايجاد القانون لم تحدد فحواها بشكل دقيق في جميع المذاهب، الا أنها باعتبار أن القانون لدى جميع المذاهب هو بمثابة قواعد تحكم السلوك وتهدف الى ضمان الأمن وتقدم المجتمع فهي وجدت لاصلاح ما يمكن أن يكون فسادا بسبب علاقات الأفراد مع بعضهم البعض، وهي وبلا شك علاقات حسنة وعلاقات يشوبها التنافس والا لما وجدت القواعد القانونية، ولأجل ذلك تعرض مذهب ديجي للنقد والذي أشار الى أن التضامن الاجتماعي هو أساس القاعدة القانونية، حيث انتقد بالقول بأن الى جانب حقيقة أن الناس يسعون للتضامن الاجتماعي توجد حقيقة ثابتة وهي التنافس والتنازع بين الأفراد نظرا لتعارض المصالح.

ويبقى هنالك عنصرا ثالثا لا تتفق عليه جميع المذاهب، الا وهو وجود جهة تضع القاعدة

القانونية فهذا العنصر يبرزه أنصار المذاهب الشكلية، وان قال به أنصار المذاهب الموضوعية، فان واضع القانون وهو الدولة لن يكون الا متتبعا لأصل القانون سواء كان المثالي كما في القانون الطبيعي أو القانون الموجود بين ظهراني الجماعة نتيجة تعاملهم وهو ما يقول به أنصار المذاهب الموضوعية، فالدولة عندما تضع القانون فكأنها وكما يصور أصحاب مثل هذه المذاهب وعلى الأخص جيني ترسم قواعد مقررة وموجودة من السابق في المجتمع وبين الأفراد من جراء حياتهم مع بعضهم وتطور هذه الحياة عبر التاريخ، الا أن من يقول بوجود حقائق عقلية تطور القواعد الموجودة في حياة الإفراد وأذهانهم ويكشف عنها بالعقل مثل جيني الذي يدخل الحقائق العقلية في عناصر أصل القانون فهو كأنما يعطي الدولة التي تضع القاعدة القانونية وعلى الأخص في التشريع دوراً في خلق القانون، الا أن ذلك يمكن أن لا يكون هو المقصود بالقول بوجود حقائق عقلية وانما هذه الحقائق العقلية موجودة لدى الناس وهم يطورون القانون والدولة تصوغه فقط ولا تضعه أو تخلقه، وبذلك نكون قد حصرنا العوامل المستخلصة من النظريات السابقة بثلاثة عوامل سميناها حقائق [١]، ويبقى البحث في أصل القانون موضوعا على درجة كبيرة من الدقة، ويحتاج الى قدر كاف من التحليل والاعتماد على اخضاع الحقائق الموجودة في الحياة للمشاهدة والتجربة، لنرى اللازم منها لتكوين القانون.

ولربما يكون من الأفضل لأجل تحديد أصل القانون الانطلاق من المجتمع البدائي الأول وملاحظة تكون القاعدة القانونية ليمكن بالتالي البحث عن أصل القانون، ذلك أن المجتمعات في الوقت الحاضر وبعد التطور والتقدم الذي حصل فيها، ولكونها استفادت من تجارب وخبرات السابقين المتراكمة في البحث عن أصل القانون في مجتمع اعتمد على كثير من الحقائق من خلق من سبقه دون أن يذكرها أو يعاني في سبيل تحقيقها ليكون ذلك مبررا لذكرها، فانه ولاجل ذلك يكون من الأفضل البحث في المجتمع الأول الذي أوجد قاعدة قانونية لغايات تحديد العناصر اللازمة كأساس للقانون، اذ يكون الأمر أيسر، وعدم تعقيد

(١) هذه الحقائق هي ما توصلنا اليه وهي ١) ضرورة التجمع البشري. ٢) التنافس والاختلاف بين الأفراد. ٣) وجود السلطة أو القيادة التي تصوغ القاعدة القانونية وتضعها أو تبرزها.

حياة هذا المجتمع يعين على تحري هذه العناصر والبحث عنها، مما لا شك فيه أن الاستفادة من العناصر التي توصل اليها أصحاب النظريات السابقة يفيد الى درجة كبيرة عندما يفترض وجود بعضها في المجتمع الانساني الأول ورؤية مدى صحة كون هذا العنصرمن العناصر اللازمة لتكوين القانون، ولربما يعين أكثر الإستعانة بما ورد في الديانات السماوية فلعله يفيد في تحديد أصل القانون، وعلى الأخص في القرآن الكريم الذي لم يتعرض لتحريف أو تغيير، الأمر الذي يجعل نسبة ما يرد فيه ثابتة للمصدر الأصلي لهذا القرآن، وليس نتيجة تحريف لاحق بعد نزوله على رسول الله صلى الله عليه وسلم، وسيكون موضوع الفصل الثاني من هذه الدراسة لتحديد حقيقة أصل القانون وطبيعته.

الفصل الثاني

حقيقة أصل القانون وطبيعته

في سبيل تحديد هذه الحقيقة وبيان أصل القانون، فان المنطلق لذلك لن يكون بعيدا عن الجهود الفقهية الهائلة التي بذلت سابقا لتحديد أصل القانون، والتي استعرضناها في بداية هذه الدراسة، وما استخلصناه من عناصر[١] أو حقائق تلزم كأساس لوجود القانون لنطبقها ونرى بعد ذلك عندما يثبت لنا بأن القانون قد تكون في مرحلة ما ماهية العناصر التي كونته وبالتالي أصل القانون وبيان طبيعته، ولأجل ذلك سنقسم هذا الفصل الى مبحثين نخصص الأول منها لبيان العوامل التي أدت الى تكون القانون، والثاني لبيان طبيعة هذا القانون.

المبحث الأول

عوامل تكون القانون

بالاستعانة فيما توصل اليه الفقه وأشرنا اليه سابقا فان ثلاثة عوامل يمكن القول بأنها هي التي ساهمت في تكوين القانون، أولها :- ضرورة التجمع البشري، وثانيها :- التنافس والاختلاف بين أفراد بني البشر وحتمية التطور، وثالثها :- وجود السلطة أو القيادة التي تضع القانون أو تبرزه أو تصوغه، وسنخصص مطلبا لكل عامل من هذه العوامل الثلاثة لنخلص الى خلاصة بعد ذلك تحدد حقيقة أصل القانون.

المطلب الأول :- ضرورة التجمع البشري :-

هذه الحقيقة لا يختلف عليها اثنان، وهي أن بني البشر بتكوينهم وطبيعتهم لا يعتبر الفرد منهم قادرا على العيش منعزلا عن بقية أبناء جنسه من البشر، وهذه الحقيقة يعبر

(١) أنظر هامش صفحة (١٩) من هذه الدراسة.

عنها أجمل تعبير الفيلسوف العربي العلامة ابن خلدون الذي سماهاالانسان مدني بالطبع[1] ويمكن القول وبدون تعليق او إضافة لما قاله ابن خلدون، بان هنالك حقيقة أو حتمية في هذا الكون وهي ضرورة التجمع البشري، أو بمعنى آخر حتمية حياة البشر في مجتمع، وهذا هو العنصر الأول الذي سنرى أنه من العناصر التي أدت الى خلق القانون وتكوينه.

(١) لقد شرح ابن خلدون هذه الحقيقة بعبارات لا يمكن صياغة ما يقارب دقتها ووضوحها مما يقتضي اقتباسها حيث قال (ان الاجتماع للانسان ضروري ويعبر الحكماء عن هذا بقولهم (الانسان مدني بالطبع) اي لا بد له من الاجتماع الذي هو المدنية في اصطلاحهم وهو معنى العمران، بيانه أن الله سبحانه وتعالى خلق الانسان وركبه على صورة لا تصح حياته وبقاؤها الا بالغذاء وهداه الى التماسه بفطرته وما ركبه فيه من القدرة على تحصيله، الا أن قدرة الواحد من البشر قاصرة عن تحصيل حاجته من ذلك الغذاء غير موفية له بمادة حياته منه ولو فرضنا منه أقل ما يمكن فرضه وهو قوت يوم من الحنطة مثلا، فلا يصح الا بعلاج كثير من الطحن والعجن والطبخ وكل واحد من هذه الأعمال الثلاثة يحتاج الى مواعين وآلات لا تتم الا بصناعات متعددة من حداد ونجار وفخار، هب أنه يأكله حبا من غير علاج فهو أيضا يحتاج في تحصيله حبا الى أعمال أخرى أكثر من هذه من الزراعة والحصاد والدرس الذي يخرج الحب من غلاف السنبل ويحتاج كل واحد من هذه الى آلات متعددة وصنايع كثيرة أكثر من الأولى بكثير ويستحيل أن توفي بذلك كله أو ببعضه قدرة الواحد فلا بد من اجتماع القدر الكثيرة من أبناء جنسه لتحصيل القوت له ولهم فيحصل بالتعاون قدر الكفاية من الحاجة الأكثر منهم باضعاف وكذلك يحتاج كل واحد منهم أيضا في الدفاع عن نفسه الى الاستعانة بابناء جنسه لأن الله سبحانه لما ركب الطبايع الحيوانية كلها وقسم القدر بينهم جعل حظوظ كثير من الحيوانات العجم من القدرة أكمل من حظ الانسان، فقدرة الفرس مثلا أعظم بكثير من قدرة الانسان وكذا قدرة الحمار والثور وقدرة الأسد والفيل أضعاف من قدرته، ولما كان العدوان طبيعيا في الحيوان جعل لكل منها عضو يختص بمدافعة ما يصل اليه من عادية غيره وجعل للإنسان عوضا عن ذلك كله الفكر واليد، فاليد مهيأة للصنايع بخدمة الفكر، والصنايع تحصل له الآلات التي تنوب له عن الجوارح المعدة في سايرالحيوانات للدفاع مثل الرماح التي تنوب عن القرون الناطحة والسيوف النابية عن المخالب الجارحة والتراس النابية عن البشرات الجاسية الى غير ذلك وغيره مما ذكر جالينوس في منافع الأعضاء، فالواحد من البشر لا تقاوم قدرته قدرة واحد من الحيوانات العجم لاسيما المفترسة، فهو عاجز عن مدافعتها وحده بالجملة ولا قدرته أيضا باستعمال الآلات المعدة للمدافعة لكثرتها وكثرة الصنايع والمواعين المعدة لها فلا بد في ذلك كله من التعاون عليه بأبناء جنسه وما لم يكن هذا التعاون فلا يحصل قوت ولا غذاء، ولا تتم حياته لما ركبه الله عليه من الحاجة الى الغذاء في حياته ولا يحصل له أيضا دفاع عن نفسه لفقدان السلاح فيكون فريسة للحيوانات ويعاجله الهلاك عن مدى حياته ويبطل نوع البشر، واذ كان التعاون قد حصل له القوت للغذاء والسلاح للمدافعة وتمت حكمةالله في بقاءه وحفظ نوعه، فاذن هذا الاجتماع ضروري للنوع الانساني والا لم يكمل وجودهم وما اراده الله من اعتمار العالم بهم واستخلافه اياهم وهذا هو معنى العمران) هذا الاقتباس مأخوذ عن الفيلسوف العلامة العربي القاضي عبد الرحمن بن محمد بن خلدون (١٣٣٢ ـ ١٤٠٦هـ) ـ كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر ـ بتحقيق المستشرق الفرنسي كاترد ـ عن طبعة باريس سنة ١٨٥٨ ـ المجلد الأول ـ ص ٦٨ ـ ٧٣ تحت عنوان في العمران البشري، والذي ورد تحته كعنوان مقولة الانسان مدني بالطبع.

المطلب الثاني :- المنافسة والاختلاف بين الأفراد في المجتمع وحتمية التطور :-

بعد أن خلصنا الى الحقيقة الأولى، وهي حياة البشر في تجمع بشري وحتمية ذلك، يبرز أمامنا حتمية أخرى أو ظاهرة أكيدة، وهي الاختلاف والتنافس بين الأفراد، ومرد ذلك الى طبيعة خلق الانسان وضرورة هذا الاختلاف له لتستمر حياته وتتطور، ولتوضيح ذلك نقول بأن الله سبحانه وتعالى خلق الانسان وكل المخلوقات في الأرض وخلق ضدا لكل شيء أو كائن يعطله وينهي وجوده في أي لحظة فالله تعالى مثلا خلق النهار المبصر والليل المظلم، خلق الصحة والمرض، خلق الحرارة والبرودة، الخير والشر، البصر والعمى، السمع والصمم، النطق والبكم، القوة والضعف، المعروف والمنكر، الصيف والشتاء، العدل والظلم، القسوة واللين، الشجاعة والجبن، الكرم والبخل، العلم والجهل، الغنى والفقر، الأمانة والخيانة، الصدق والكذب، النور والظلام، الفرح والحزن، الضحك والبكاء، الشبع والجوع، العسر واليسر، الى آخر ما في قاموس الأشياء والمخلوقات، فكل شيء له ضد يعطل حركته وينسفه وينقضه ويدمره في أي لحظة والإنسان في الحياة يسعى ومنذ وجد دائما الى الخلاص من الضد وفي سبيل ذلك يعمل ويكتشف ويخترع الأمر الذي يقود الى التقدم والتطور في حياة الإنسان، فلولا المرض ما اكتشف الانسان العلاج، ولولا البرد والحر ما استعمل اللباس، ولولا الشر والخير والأعداء ما استعمل السلاح واخترع الكثير ومنه تفجير الذرة على الخصوص، ولذلك فان الخلق على هذه الوتيرة وجد لحكمة وهي ضمان تطور الانسان وبقاؤه، ولو وجد الانسان دون أدنى منغص في عيشه أو ضد يفتك به لما تطور وبقي على شاكلة الانسان الأول، هذا التضاد أو سمة الحركية لاحظه الفلاسفة منذ أمد بعيد ويمكن تسمية هذا التضاد أو هذه الحركية بالديالكتيك، وهذا التضاد يؤدي الى تضارب مصالح الناس مع بعضهم البعض والتعدي على بعضهم البعض الأمر الذي يؤدي الى محاولة التخلص من الاعتداء أو الضد فيتوجه الناس الى صنع ما يخلصهم وهو القانون، ويؤكد حقيقة أن التضاد أو الديالكتيك سببا للتطور ولولاه لما تطور البشر القرآن الكريم في قوله تعالى (ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع وبيع وصلوات

ومساجد يذكر فيها اسم الله) [1] ولقد ورد في تفسير ذلك معان مختلفة في روايات عدة [2] عند الطبري حيث بدأ بالاشارة الى أن أهل التأويل قد اختلفوا في المعنى فقال بعضهم معنى ذلك ولولا دفع الله المشركين بالمسلمين، وذكر من قال ذلك حدثنا القاسم قال ثنا الحسين قال ثنا حجاج عن أبن جريح قوله ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض دفع المشركين بالمسلمين، وقال آخرون معنى ذلك ولولاالقتال والجهاد في سبيل الله وذكر من قال ذلك حدثني يونس قال أخبرنا ابن وهب قال قال ابن زيد في قوله ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض قال لولا القتال والجهاد، وقد ورد قرب هذه المعاني عند مفسرين آخرين[3].

المطلب الثالث :- وجود السلطة التي تصوغ القاعدة القانونية :-

أن هذا العامل الذي يعتبر من العوامل التي أدت الى تكون القانون، والدولة التي تضع القانون تبعا لما يفهم من عنوان هذا المطلب لا توجد الا على فرض وجود العوامل الأخرى التي أشرنا اليها في المطلبين السابقين، فيمكن القول بأن هنالك حقيقة ضرورة عيش الأفراد في مجتمع (الانسان مدني بالطبع) وهذا يعني بحد ذاته التعاون والتعامل وتبادل المنافع، والحقيقة الثانية وهي التضاد الذي وضعه الخالق في الخلق ليضمن لهم تطورهم واستمرارهم، فمع التعامل الضروري فيما بين أفراد المجتمع واجراء المبادلات يوجد تضاد وتنافس وبالتالي اعتداء، فيظهر هنا الحاجة الى ما يضمن استمرار الجماعة حتى لا يفنيهم تنافسهم وغلبة القوى منهم، وكان الضامن لهذا الاستمرار ومنذ البداية وجود الدولة أو السلطة، ومن المعروف بأن القوة دائما تستقطب وتظهر وفي تجمع بشري لا بد من أن يظهر القوى بعضلاته وعقله فيسيطر، ولضمان سيطرته واستمرار المجتمع الذي أصبح أشبه ما يكون من ممتلكات هذا القوى فلا بد من أن يردع المعتدي من قبل صاحب القوة ويضمن

(١) القرآن الكريم ـ الآية ٣٩ من سورة الحج ـ الجزء السابع عشر.

(٢) أبي جعفر بن جرير الطبري ـ جامع البيان في تفسير القرآن ـ المجلد التاسع ص (١٢٤) من تفسير الجزء السابع عشر، دار المعرفة/ بيروت لبنان ط ١٩٨٧.

(٣) من هؤلاء العلامة نظام الدين الحسن بن محمد بن حسين القمي النيسابوري ـ تفسير غرائب القرآن الكريم ورغائب الفرقان ـ بهامش تفسير الطبري ـ المرجع السابق ـ المجلد التاسع ـ ص ٩٢ من تفسير الجزء السابع عشر، وكذلك الشهيد سيد قطب، في ظلال القرآن ـ الجزء الخامس ص ٦٠٢ ـ دار احياء التراث العربي ـ بيروت ـ لبنان ـ ط ١٩٧١.

صاحب القوة بذلك الأمن والاستقرار، وهذا هو القانون، وما نقوله عن تكون الدولة على النحو السابق ليس ابتداعا جديدا ولكنه يجد أصله في نظرية القوة التي تبرر وجود الدولة [١]. وقد لا يختلف ما وصفناه عن تكون الدولة مع نظرية أخرى تسمى نظرية تطور الأسرة [٢].

ومن الضروري أن نشير هنا الى أن وضع قاعدة قانونية من قبل الدول لتنظيم علاقة أو ردع معتد، لا يعني أن ذلك تم بمعزل عن تطور فكرة هذه القاعدةالمقترحة من الحاكم في أذهان أفراد المجتمع من خلال تعاملهم، فهم يتعاملون ويتنافسون ويختلفون ويسعون الى الحلول فعندما يضع الحاكم الحل (القاعدة) فلن تكون غريبة عن الحلول التي تناسب حياة الأفراد وهي الحلول التي كانوا يسعون لها، ومعنى ذلك أن القاعدة القانونية توجد بين ظهراني أفراد المجتمع ويتم اقرارها من الدولة اقرارا فقط [٣]، ولذلك فاننا نقول بأن الدولة لا تضع القانون مبتدئة به من العدم صاعدة به الى القاعدة القانونية، وانما تكتمل القاعدة القانونية باقرارها من الدولة ويسهم في وجود القاعدة تعامل الناس مع بعضهم البعض وتعاونهم واختلافهم محاولين تطوير علاقاتهم للخلاص مما يشكل اعتداء أو يسبب خسارة ويؤدي ذلك كله الى استمرار حياتهم وتوازن ذممهم والانسان مفطور على ذلك، وعليه فان عوامل تكون القانون نوجزها مكررين هذا القول بثلاثة عوامل الأول وهو حتمية تجمع البشر وتعاونهم (الانسان مدني بالطبع) والعامل الثاني هو وجود التضاد في حياتهم ومن ذلك الخير والشر والذي يؤدي الى التطور عن طريق سعي الانسان للخلاص من الأضداد[٤] والعامل الثالث وهو حتمية وجود الدولة تبعا لنظرية القوة والدولة تسعى لاستمرار المجتمع

(١) انظر تفصيل هذه النظرية ـ د . محسن خليل ـ النظم السياسية والدستور اللبناني ـ دار النهضة العربية ط ١٩٧٥، ص٦٢.

(٢) د . محسن خليل ـ المرجع السابق ـ ص ٧٢ ـ ٧٣.

(٣) انظر في تأكيد هذا ـ التطور للقاعدة القانونية ـ المذهب التاريخي ـ ص ٩ ـ ١٠ من هذه الدراسة.

(٤) هذا العامل هو ما يعرف عند الفيلسوف الألماني فريدريك هيجل باسم الجدلية حيث يعطيها معنى خاصا بدراسة التطور الذي يتم عن طريق تسلسل المتناقضات التي تولد التاريخ، فالأساس الأول في الوصول الى الحقيقة هو الاعتراف بالاضداد، فكل فكرة أو شيء لا بد وان يكون لها نقيض أو فكرة مضادة وهذا ما يؤدي الى التطور. ، انظر في ذلك د . عادل أحمد حشيش ـ تاريخ الفكر الاقتصادي ـ دار النهضة العربية ـ ط ١٩٧٥، ص ٣٦٥ ـ ٣٦٦.

وبقائه، وهذه العوامل الثلاثة ينتج عنها أن القانون يخلق وبشكل حتمي.

وبالنظر الى المذاهب والنظريات العديدة التي قيلت في أصل القانون، لا نجد العوامل التي نذكرها غريبة أو مختلفة، فالعوامل الثلاثة التي نذكرها تتفق مع ما ورد في المذاهب الموضوعية والشكلية على السواء لكننا لا نأخذ من أحد الاتجاهين منفردا، ولا نقول تبعا لذلك بأن الدولة تضع القانون، ولكننا نقول بأن هنالك عاملا ثالثا لأصل القانون وهو وجود الدولة التي تسعى الى استمرار المجتمع البشري، والقانون تبعا لها الأصل ليس قانونا مختلفا وانما هو ما عرفه عموم الفقه وهو مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع ويجبروا على احترامها ولو بالقوة اذا لزم الأمر.

خلاصة :- حقيقة أصل القانون :-

في المبحث السابق حددنا في مطالب ثلاثة العوامل التي تعتبر سببا في وجود القانون وهي ضرورة التجمع البشري وحتميته، والتضاد بين الأشياء وبين أفراد المجتمع، ووجود الدولة، وهذه الأسباب الثلاثة اذا ما قلنا باجتماعها مع بعضها البعض كعوامل تعتبر أصلا للقانون فمعنى ذلك تعادل هذه العوامل (الأسباب)، ومن المعروف أن أي نتيجة تتجمع عدة أسباب لحدوثها لكن هنالك أسبابا تتجه اليها ويمكن تسمية هذه الأسباب بالعوامل النشطة وأسبابا أخرى تلزم ولكنها ساكنة غير نشطة، وقد جرى جانب من الفقه القانوني على القول بأن سبب نتيجة معينة يتمثل في السبب النشط وظهر هذا الرأي على شكل نظرية تسمى نظرية السببية الكافية التي تخالف نظرية تعادل الأسباب في تحديد سبب النتيجة الجرمية عند فقهاء القانون الجنائي (١).

وبالنظر الى الأسباب أو العوامل الثلاثة التي نقول بها سببا أو عوامل لوجود القانون بمعنى أصلا له فان هنالك سببا نشطا وكافيا وهو الذي يتجه نحو النتيجة معتمدا على الأسباب الأخرى باعتبارها كامنة، وهذا السبب هو التضاد الذي يؤدي الى التطور ويسمى

(١) انظر في ذلك د . محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية - ط ١٩٧٧ - ص ٣٠٤ - ٣١٠، وقد ورد عنه ما يلي (تذهب نظرية السببية الكافية الى التفرقة بين العوامل النتيجة الاجرامية والاعتداد ببعضها دون بعض، فان كانت جميعا لازمة لاحداث النتيجة على النحو الذي حدثت به، فان بعضها فقط يتضمن اتجاها اليها ويعبر عن ميل نحوها وتكمن فيه الامكانيات الموضوعية التي من شأنها إحداثها.

بالديالكتيك [١] . فالتضاد بالنتيجة عندنا هو سبب وجود القانون أو أصل القانون، وعليه فإننا نستطيع القول بأن حقيقة أصل القانون الذي هو عنوان هذه الدراسة يتمثل في التضاد (الديالكتيك)، فهذا الأصل أو السبب هو الذي يوجد الاختلاف بين مصالح الأفراد وتعارضها وهو سبب الاعتداء وسعي الانسان للحل أو للتطور للتخلص من هذا التعارض أو الاعتداءهو حقيقة عملية خلق القانون.

وقد لا يكون هذا الأصل الذي نقول به جديدا ولكننا نستطيع القول بانه تسمية جديدة لما توصل اليه بعض أصحاب المذاهب الموضوعية وعلى الأخص المذهب التاريخي، فما هي طبيعة القانون تبعا لهذا الأصل، هذا ما سيكون موضوع المبحث التالي.

المبحث الثاني

طبيعـــة القانـــون

تبعا لأصل القانون وهو التضاد (الديالكتيك) الذي نقول به، فلا بد من تحديد طبيعة القانون ومواصفاته فما هو مصدر القانون تبعا لهذا الأصل؟ وما هي صفاته (خصائصه)؟ وعلى أي صورة يوجد ؟ حيث سنخصص مطلبا لكل تساؤل من التساؤلات الثلاثة.

المطلب الأول :- تعريف القانون :-

القانون كما يعرفه الفقه هو مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع ويجبروا على احترامه بالقوة اذا لزم الأمر [٢]، والقواعد (جمع قاعدة) هي علاقة بين متغيرات، أي إيجاد علاقة بين شيئين مختلفين، فالسرقة مثلا سلوك معروف وايجاد علاقة بينها وبين السجن يعني خلق قاعدة، والسجن والسرقة متغايران، ومرور الزمن عندما توجد

(١) الموسوعة العربية الميسرة التي أصدرها مجموعة من الخبراء العرب رأسها الأستاذ محمد شفيق غربال ـ دار النهضة العربية ـ ط ١٩٧٨، وقد ورد فيها في الصفحتين ٦١٦و ٨٢٧ بأن الجدلية المعروفة عند هيجل هي ما يسمى بالديالكتيك.

(٢) د . توفيق حسن فرج ـ المرجع السابق ـ ص ١٥.

بينه وبين سقوط الحق في رفع الدعوى هو خلق قاعدة وهكذا، ولا يترتب على الأصل الذي نقول به للقانون أن يكون القانون شيء مختلف عما ورد في التعريف المتداول للقانون، فهذا التعريف لا يحدد من يضع القاعدة ولا كيف تتطور أو تصنع وانما هو وضف لشيء وهو القانون.

المطلب الثاني :- صفات القانون (خصائصه) :-

تبعا للأصل الذي تحدد للقانون (التضاد «الديالكتيك») فحيث أن التضاد عام والجميع يسعى للخلاص منه ويخاطب الجميع بالقاعدة فهي قواعد عامة مجردة، وهي اجتماعية تهدف الى استمرار المجتمع البشري، وهي موجودة لمنع السلوك الضد أو المضاد فهي قواعد سلوك، ولضمان التطور تقترن بالجزاء لضمان هذه النتيجة، وهذه المواصفات هي عين ما يقول به الفقه كخصائص للقانون [1].

لكن الذي يجب أن نقوله هو أن القانون يوجد بناء على التخلص من الضد أو السلوك الذي ينسف مصلحة فهو يهدف الى التطور، والأضداد في تبدل وتغير وتطور مستمر والقانون يتابع ذلك متطورا متغيرا متبدلا لضمان استمرار المجتمع وحياة الأفراد ومصالحهم المشروعة، فلو تتبعنا قاعدة تنظم علاقة عمل بين العامل ورب العمل فهذه القاعدة وبدون أدنى شك تتبدل وتتغير تبعا لتقدم الزمان وتغير الأحوال وما يجد من مؤثرات، ويدل على هذا التغير والتطور في قواعد القانون قواعد القانون التي مصدرها العرف [2]، وعليه وتبعا لأصل القانون الذي تحدد فلا يمكن أن يكون هذا القانون ثابتا على حال بل متغير متبدل متطور وتبعا لتقدم الزمان، فأصل القانون الذي نقوله حركي نشط والقانون نتيجته لا بد وأن يكون على نفس الطبيعة، ويمكن القول تبعا لذلك إ ن وصف القانون لا ينطبق الا على القواعد القانونية التي يعتبر العرف مصدرا لها، وبناء عليه فإن التشريع تبعا لذلك لا يعتبر قانونا الا اذا اعتبر قانونا مؤقتا، ويؤكد ما نقول به أن عموم الفقه يقول عن التشريع بأنه

(١) أنظر في هذه الخصائص للقانون، د . عبد المنعم البدراوي ـ المرجع السابق ـ ص ١٤ ـ ١٨ . د . حسن كيرة ـ المرجع السابق ـ ص ٢١ ـ ٢٨ .

(٢) د . توفيق فرج ـ المرجع السابق ـ ص ٢٥٩ .. ٢٦٠ .

يؤدي بالقانون الى الجمود [١]، ويؤيد ما نقوله عن التشريع أن جانبا من الفقه [٢] يعرف القانون بأنه عندما يوضع على صورة تشريع فهو ليس الا محاولات تجريبية كاشفة لقانون سائد في التعامل في ظل حسن النية، قانون يتركز في طبيعة الأشياء متأصل فيها وفي النفوس البشرية ونتعامل به وهذا القانون ذاتي (نفسي) مطلق، تحديده بماديات شيء صعب نوعا ما، لذلك يجب وضع قاعدة القانون في مجال الاختبار لمطابقتها لهذا القانون، ولذلك فإن التشريع لا يصدق عليه وصف القانون الا لمرحلة ينتهي بعدها وصف القانون بالنسبة له، وبناء عليه فإنه لا بد من ذكر خصيصة أخرى تضاف الى الخصائص المار ذكرها هذه الخصيصة وهي أن القانون حي متطور غير ثابت فكأنما هو كائن حي يعيش وينمو ويتطور، لأجل ذلك نجد أن الشريعة الإسلامية أوجدت أحكاما عامة كلية في القرآن الكريم والسنة وتعددت مصادر القاعدة القانونية بعد ذلك بما يخدم تطور القاعدة وتبدلها تبعا لتقدم الزمان، فكان الفقه مصدر القاعدة على أغلب الأحوال، ولأجل ذلك ربما أصاب الأنجلوسكسون الذين يعتمدون على العرف كمصدر رئيسي للقاعدة القانونية.

المطلب الثالث :- صورة القانون وطبيعته :-

تبعا لما ورد في المطلب السابق فان القانون لا يوجد الا على شكل قاعدة متطورة متبدلة تبعا لتقدم الزمان وتغير الأحوال، وبالنتيجة فان القاعدة القانونية لا نراها توجد الا على شكل فكرة عامة في أذهان الناس يتحسسها (الحاكم) القاضي في مرحلة الحاجة الى تطبيقها ليتعرف عليها ويطبقها فهو موجود معنوي في الأذهان وليس نصوصا مكتوبة ثابتة. فهو على صورة أفكار ومن طبيعة معنوية مواصفاته العموم والتجريد واجتماعي وينظم السلوك مقترن بالجزاء ويضاف الى ذلك أنه حي متطور وليس ثابت، وينبغي أن تتحدد طرق لتفسير القانون وعلى الخصوص ما يكون مصدره التشريع في الوقت الحاضر تعطى هذه الطرق الحرية التي تأخذ بالمتغيرات ولعل النظرية التاريخية في التفسير تعتبر أفضل النظريات أو المذاهب.

(١) د . توفيق فرج ـ المرجع السابق ـ ص ٢٦٠.

(2) Gounot - L'autonomie de la volonte'en droit prive'ed 1912 - Artheur Rosseau p450 et s.

الخاتمـــــة :-

لا يمكن لمطلع على الثقافة القانونية الا أن يقف وقفة اجلال واحترام للفقه القانوني عبر تاريخه، لما قدمه من نظريات وتحليل وتأصيل، ومقولة أن السابقين لم يتركوا للاحقين شيئا تصدق على الفقه القانوني أيضا، ففي مجموع النظريات التي وضعت لتحديد أصل القانون تكمن حقيقة أصل القانون ولا جديد فيما نقوله ولربما فقط أننا وصلنا الى تسمية هذا الأصل تسمية نحسبها صحيحة والله أعلم.

ولا بد من تسجيل وصف الاعجاز والعظمة للشريعة الاسلامية كنظام قانوني وضع قواعد كلية كنصوص في القرآن والسنة وترك الباب مفتوحا لخلق الحكم (القاعدة القانونية) بشكل يومي في الاجتهاد والفتوى، وقد سجل النظام القانوني الاسلامي أعلى درجات التطور في تاريخ البشرية عندما وجد الفقيه الذي يعطي الفتوى فتكون بمثابة القاعدة القانونية، فكأنما توضع القاعدة القانونية بشكل متواز مع زمن حدوث المسألة أو السلوك وأي تقدم هذا في مسايرة القانون للتطور.

ولا بد من ذكر أن النظام القانوني الأنجلوسكسوني أقرب الى حقيقة القانون من النظام القانوني الذي يضع نصا تشريعيا عاما ليطبق على الواقع على مدى فترة زمنية ليست بالقصيرة.

ولا بد من الإشارة الى أن التشريع أصبح عصب حياة القانون، وأنه لا يمكن التخلي عنه في الوقت الحاضر، الا أن تفسير القانون الذي مصدره التشريع لا بد وأن يتم تبعا للمذهب التاريخي الذي يضمن الى حد ما تطور القانون تبعا لتغير الظروف.

ولا بد من ذكر ضرورة ملاحقة التشريعات بالتعديل وبشكل متواصل متقارب من حيث المدد الزمنية بين تعديل وآخر أو تغيير التشريع كليا.

ويجب علينا الاعتراف بفشل النظام القانوني الذي يعتمد على التشريع كمصدر أساسي للقانون ولا بد من التخطيط لايجاد النظام القانوني الذي يوفر سلطة تشريعية تعطي الحكم

لكل مسألة وعلى مر الأيام ومدار الساعة، وليس إصدار قوانين تضيع الحكمة منها وتفقد فاعليتها في ظل بيروقراطية إصدار القوانين وما تحتاجه من وقت طويل.

«تـــم بحمـــد اللـــه»